

대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 (2007.06.30)
및
유엔국제무역법위원회 중재규칙 (2013)에 관한

상설중재재판소
사건번호 2018-51

엘리엇 어소시엣 엘.피. (미국) (ELLIOTT ASSOCIATES, L.P. (U.S.A.)
(이하 “청구인”)

대한민국
(이하 “피청구국”)

(“청구인” 및 “피청구국”의 집합은 “당사자들”로 칭한다.)

절차 명령 제 7 호

중재판정부

Dr. Veijo Heiskanen (의장중재인)

Mr. Oscar M. Garibaldi

Mr. J. Christopher Thomas QC

사무국

상설중재재판소

2019년 11월 20일

I. 절차 기록

1. 2019 년 4 월 1 일, 중재판정부는 당사자들의 서면입장 제출 관련 투명성을 규정하는 절차 명령 제 1 호를 채택하였다:

10.1 상설중재재판소는 협정 제 11.21 조 제 1 항에 명시된 정보 및 문서를 다음 각 호에 준하여 보호정보는 사전 편집 후 재판소의 누리집에 게시하여 대중의 이용이 가능하도록 한다.

10.2 협정 제 11.21 조 제 1 항 다호에 의거, 대중에 공개되는 문서는 분쟁당사자가 중재판정부에 제출한 변론서, 이유서 및 준비서면과 함께 협정 제 11.20 조 제 4 항 및 제 11.20 조 제 5 항에 따라 제출된 모든 서면입장을 포함하되, 전문가 보고서, 증인진술서, 사실증거자료 또는 법적 권한은 포함하지 아니한다.

[...]

10.4 용어 “보호정보”는 협정 제 11.28 조에 명시된 의미를 따르며, 상업 또는 기술 관련 기밀, 특수한 정치적 또는 기관에 관련된 민감한 사안(정부 또는 공공국제기관에 의해 기밀로 분류된 정보 포함), 또는 당사자가 제 3 자에 대한 비밀유지의 의무를 근거로 비공개를 지정하여 일반에 공개되지 아니한 모든 정보를 포함한다.

10.5 협정 제 11.21 조 제 4 항 다호에 의거, 특정 정보가 보호정보를 구성한다고 주장하는 당사자는 보호정보로 주장되는 내용이 포함된 문서를 중재판정부에 제출하는 경우, 해당 정보가 포함되지 아니하도록 편집한 문서를 제출한다. 협정에 따라 상기대로 편집된 문서만 비분쟁당사자에게 제공되며, 또는 상기한 각 호에 따라 일반에 공개된다.

2. 이어 협정 제 11.21 조는 다음을 규정한다:

1. 제 2 항, 제 3 항 및 제 4 항에 따라, 피청구국은 다음의 문서를 수령한 후 신속하게 비분쟁당사국에게 송부하고 대중에게 이용가능하게 한다.

[...]

다. 분쟁당사자가 중재판정부에 제출한 변론서, 이유서 및 준비서면과 제 11.20 조 제 4 항, 제 11.20 조 제 5 항 및 제 11.25 조에 따라 제출된 모든 서면입장

3. 이 절의 어떠한 규정도 피청구국이 보호정보를 공개하거나 제 23.2 조 (필수적 안보) 또는 제 23.4 조(정보의 공개)에 따라 자국이 보유할 수 있는 정보를 제공하거나 접근을 허락하도록

요구하지 아니한다.

4. 중재판정부에 제출된 모든 보호정보는 다음 절차에 따라 공개로부터 보호된다.

[...]

나. 특정 정보가 보호정보를 구성한다고 주장하는 분쟁당사자는 그 정보가 중재판정부에 제출될 때 그 정보를 명백하게 지정한다.

3. 협정 제 23.4 조는 또한 다음을 규정한다:

이 협정의 어떠한 규정도 공개되면 법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반하게 되거나 특정한 공기업 또는 민간 기업의 정당한 상업적 이익을 저해하게 될 비밀 정보를 당사국이 제공하거나 그에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것으로 해석되지 아니한다.

4. 2019 년 8 월 26 일, 중재판정부는 당사들이 합의한 수정 절차시간표를 승인하여 피청구국의 반박서면 제출기한을 2019 년 8 월 30 일에서 2019 년 9 월 27 일로 연장하고, 후속 기한들 또한 적절히 조정하는 절차 명령 제 5 호를 발령하였다.
5. 2019 년 9 월 27 일, 피청구국은 절차 명령 제 5 호 부속서에 명시된 수정 절차시간표에 따른 반박서면과 더불어 절차 명령 제 1 호 제 10.5 항에 의거하여 반박서면의 편집본을 동시에 제출하였다.
6. 동일한 날짜에, 피청구국은 대한민국 대법원에 계류 중인 재판들의 판결이 나올 때까지 반박서면의 게시를 연기하는 신청서(이하 “신청서”)를 중재판정부에 제출하였다.
7. 2019 년 10 월 10 일자 전자우편을 통해 청구인은 피청구국의 신청서에 대한 답변 (이하 “청구인 답변”)을 통해 중재판정부가 동 신청을 기각할 것을 요청하였다.
8. 2019 년 10 월 14 일자 전자우편을 통해 피청구국은 청구인 답변에 대한 입장과 청구인 답변에 포함된 “다수 부정확한 주장을 정정”하는 답변의 승인을 중재판정부에 요청하였다.
9. 2019 년 10 월 17 일, 중재판정부의 승인 결정에 따라 피청구국은 답변(이하 “피청구국 의견”)과 더불어 두 사건의 대한민국 대법원 판결문과 영문 요약본을 제출하였다.
10. 2019 년 10 월 21 일, 청구인은 피청구국의 의견에 회신하였다. (이하 “청구인 의견”)

11. 2019 년 11 월 4 일자 서한으로, 상설중재재판소는 중재판정부의 지시사항을 전달하며, 피청구국에게 협정 제 23.4 조의 요건을 충족시키는 것으로 판단되는 반박서면의 구절을 2019 년 11 월 12 일까지 확인해 줄 것을 요청하였다. 중재판정부는 또한 청구인에게 피청구국이 제출한 서면에 관한 의견을 2019 년 11 월 15 일까지 제출할 것을 지시하였다.
12. 2019 년 11 월 12 일자 서한으로, 피청구국은 협정 제 23.4 조의 요건에 해당하는 반박서면의 구절을 명시하였다.
13. 2019 년 11 월 15 일, 청구인은 피청구국의 2019 년 11 월 12 일자 서한에 관한 의견을 제출하며 피청구국의 요청이 협정상 의무 위반이라고 주장하였다.

II. 당사자들의 입장

1. 피청구국의 입장

14. 피청구국은 반박서면에서 언급된 형사재판과 연루된 중요한 쟁점들에 대한 판결이 대한민국 법원에서 선고되기 전까지 반박서면 게시 연기를 중재판정부가 승인해줄 것을 요청한다.¹
15. 피청구국은 본 중재와 관련된 여러 민사재판들도 대한민국 법원에 계류 중이지만 피청구국의 신청서에 명시된 형사재판의 판결이 내리는 시점까지만 반박서면 게시 연기를 요청하는 것이라고 주장한다.²

¹ 신청서, 제 1 면; 피청구국 의견, 제 4 면.

² 피청구국 의견, 제 1 면 (원심판결이 전부 파기 환송된 이재용, 박근혜 상대 소송 및 대법원에 상고 중인 문형표, 홍완선 소송 언급).

16. 피청구국은 또한 반박서면이 불가피하게도 계류 중인 한국 재판과 관련된 사실관계를 언급하지만 “한국법원의 증거 및 사실관계 판단에 대한 어떠한 입장도 취하지 않고자 노력”하였다고 주장한다.³ 그러나 피청구국은, 아직 진행 중인 사건들이 반박서면에서 논의되는 것이 객관적으로 고려해야 할 한국 법원의 의무에 개입하려는 시도로 해석될 수 있다는 입장이다.⁴ 피청구국은, 대한민국 행정부로서는 법원이 심리 중인 사건 쟁점들, 특별히 본 중재 사안에 피청구국에 “대한 청구에 (올바르게, 혹은 부당하게) 결정적으로 보일 수 있는 경우”⁵에 “어떠한 방식으로든 영향을 주고자 하는 것으로 보이는 어떠한 행동도 하지 않는 것이 필수적”이라는 입장이다.⁶
17. 피청구국은 부당 위압의 구체적인 증거가 없이는 부적절한 영향의 위험이 “허구”에 불과하다는 주장을 부정한다.⁷ 피청구국은 신청서가 한국 사법부의 독립성 부족을 전제로 하는 것이 아닌, 헌법상 권력분립의 정당성에 대한 대중의 신뢰를 보호하기 위한 것이라고 강조한다.⁸
18. 피청구국은 이러한 영향의 위험성은 반박서면에 서술된 내용들을 “과장하거나 혹은 잠재적으로 왜곡하는”⁹ 언론 보도들에 의하여 악화될 수 있어, 피청구국의 서면 입장이 사건이 계류 중인 한국 사법부에 “미묘하게, 간접적으로 또는 잠재 의식적으로” 영향을 줄 수 있다는 “대중의 추측을 초래할 수 있음은 거의 명백한 사실”이라는 입장이다.¹⁰ 따라서 피청구국은, 타 정부기관이 사법부 결정에 잠재적으로 영향을 미칠 수도 있다는 시선마저 방지할 수 있도록 중재판정부가 신청서를 수락하기를 요청한다.¹¹
19. 피청구국은 한국 법원에서 진행 중인 사건들과 연관이 있는 반박서면에서 거론된 사실 관계들이 대법원 판결에 “고려”되거나 고려될 가능성이 있는 것으로 대중에게 인식되어서는 아니 된다는 견해이다.¹² 이 점과 관련하여 피청구국은 진행 중인 형사재판에서는 이미 사실관계가 확립되었다는 청구인의 주장에 이의를 제기한다.¹³ 피청구국에 따르면, 대법원이 실제적으로 확정된 판결을 제외하고는 현재 대법원과 하급심 법원에 계류 중인 재판에 해당하는 사실관계들은 검토대상에 해당한다.¹⁴

³ 피청구국 의견, 제 2 면.

⁴ 피청구국 의견, 제 3 면.

⁵ 신청서, 제 2 면.

⁶ 신청서, 제 2 면.

⁷ 피청구국 의견, 제 2 면.

⁸ 피청구국 의견, 제 2 면.

⁹ 신청서, 제 2 면.

¹⁰ 피청구국 의견, 제 3 면.

¹¹ 피청구국 의견, 제 4 면.

¹² 피청구국 의견, 제 3 면.

¹³ 피청구국 의견, 제 3 면.

¹⁴ 피청구국 의견, 제 3 면 (피청구국 의견에 동봉된 *문형표/홍완선*에 대한 대법원 2009. 8. 20. 선고 2007도 7042 판결, 대법원 2016. 10. 13. 선고 2015도 17869 판결 언급)

20. 피청구국은 진행 중인 사법 절차의 무결성과 “한국의 헌법상 권력분립의 정당성에 대한 대중의 신뢰”를 수호하는 것은 “분명한 공익”이며, 동 공익이 반박서면을 지체 없이 공개하는 것의 공익보다 “명백히 중요하다”고 주장한다.¹⁵
21. 본 중재에서의 피청구국은 사법부를 비롯하여 모든 정부 기관을 포함한 “전체로서의 대한민국”이라는 청구인의 주장에 대해, 피청구국은 국제법 상 국가의 일원성은 국내 사법부에서 진행 중인 형사재판의 현실과 일부 대중이 반박서면을 형사재판에 영향을 미치려고 간주하는 대중의 시선과는 현저히 다르다고 주장한다.¹⁶
22. 피청구국은 중재판정부에 문서 공개 의무의 면제를 요청하는 것이 아니므로 협정상의 예외사항을 제시할 필요가 없다고 주장한다.¹⁷ 피청구국은 협정 제 11.21 조 제 1 항은 반박서면을 “신속하게” 공개할 것을 요구하고 있으나, 중재판정부에 제출 되는 즉시 공개하라는 것은 아니라고 주장한다.¹⁸ “신속하게”라 함은 협정에 정의되어 있지 아니하므로 공개 시기는 중재판정부의 재량에 속한다는 것이 피청구국의 입장이다.¹⁹
23. 어떤 경우든 피청구국은 협정 제 23.4 조를 감안한 협정의 해석에 따라, 제 11.21 조 제 3 항의 공개에 대한 예외가 적용되어야 한다고 주장한다.²⁰ 피청구국은 형사재판은 법률 집행의 완전성의 근간이 되므로, 형사재판을 다루는 반박서면을 공개할 경우 이는 “법률 집행을 저해하거나 공익에 반하는 결과를 초래할 것”이라는 입장이다.²¹
24. 피청구국은, 반박서면이 제출되는 즉시 동 서면에 대한 청구인의 접근이 완전히 가능한 바 한국 법원의 판결이 선고될 때까지 상설중재재판소 웹사이트에 반박서면의 게재를 연기하여도 재주장서면 준비 등을 포함하여 어떠한 방식으로든 청구인에게 영향을 미치지 아니할 것이라고 주장한다.²²
25. 피청구국은 또한 한국 법원이 관련 판결을 선고할 경우 수정반박서면을 제출할 필요성이 있음을 중재판정부에 고지한다.²³ 피청구국은 필요 시 “적절할 시기에 중재판정부에 관련 승인”을 신청 할 것이다.²⁴

¹⁵ 피청구국 의견, 제 2 면.

¹⁶ 피청구국 의견, 제 3 면.

¹⁷ 피청구국 의견, 제 1 면.

¹⁸ 피청구국 의견, 제 1 면.

¹⁹ 피청구국 의견, 제 1 면.

²⁰ 피청구국 의견, 제 1 면.

²¹ 피청구국 의견, 제 2 면.

²² 신청서, 제 2 면; 피청구국 의견, 제 3 면.

²³ 신청서, 제 2 면.

²⁴ 신청서, 제 2 면.

26. 협정 제 23.4 조의 요건을 충족시키는 것으로 판단되는 반박서면의 구절을 명시하라는 중재판정부의 지시에 의거한 피청구국의 2019년 11월 12일자 서한에 따르면, 본 신청의 목적이 “공개를 피하려는 것이 아니라 단지 게시를 연기하고자 하는 것이므로, 그 신청이 협정 제 23.4 조에 따른 근거가 충족된다는 중재판정부의 판단을 요구하지 않는다”라고 주장한다.²⁵ 피청구국은 “확인된 부분을 삭제한 대폭 편집된 반박서면의 버전을 공개할 것을 구하는 것이 아님을” 강조한다.²⁶ 피청구국은 문서의 상당 부분이 “삭제·편집된 수정본을 공개하는 경우, 삭제된 부분의 내용 및 대한민국이 다른 구절이 아닌 특정 구절만 삭제하기로 한 이유에 관한 추측을 야기함으로써 부정확하고 왜곡된 언론보도의 위험성을 악화시킬 것”이라고 한다.²⁷

2. 청구인의 입장

27. 청구인은 피청구국의 신청서를 “전면적으로 무기한 금지하여 달라는” 요청으로 간주하고, 중재판정부가 본 신청 전부를 기각할 것을 요청한다.²⁸
28. 구체적으로, 청구인은 협정 제 11.21 조 제 1 항에 따른 의무는 당사자들이 중재판정부에 제출한 서면입장을 대중에게 “신속하게” 이용가능하게 하는 것이라고 주장한다.²⁹ 청구인은 협정 제 11.21 조가 중재판정부가 게시일을 무기한 연기할 수 있도록 하는 재량을 부여한다는 피청구국의 해석에 동의하지 않는다.³⁰ 서면입장을 “신속하게” 공개하는 투명성 의무는 반박서면을 “지체없이 공개”하는 것이 “분명”하다는 것이 청구인의 견해이다.³¹
29. 청구인은 피청구국이 제 11.21 조 제 3 항 및 제 23.4 조에 따라 투명성 의무에 예외를 적용하고자 절차를 개시하는 것은 협정상 명시된 근본원칙에 위배되고 “막연하고 특정되지 않았을 뿐만 아니라 절차적으로도 결함”이 있다고 주장한다.³²

²⁵ 피청구국의 2019년 11월 12일자 서한, 제 2-3 면.

²⁶ 피청구국의 2019년 11월 12일자 서한, 제 3 면.

²⁷ 피청구국의 2019년 11월 12일자 서한, 제 3 면.

²⁸ 청구인 답변, 제 3 면; 청구인 의견, 제 4 면.

²⁹ 청구인 답변, 제 1 면.

³⁰ 청구인 의견, 제 1 면.

³¹ 청구인 의견, 제 1 면 [청구인 강조표시 추가].

³² 청구인 의견, 제 4 면.

30. 첫째, 협정 제 23.4 조에 기반한 피청구국의 주장은 “법 집행을 현실적으로 저해할 수 있는 위협이나 달리 사법절차에 대한 실제 방해보다는 잠재적 영향력에 대한 대중의 인식”을 피하고자 하는데 편중되어 있다는 게 청구인의 입장이다.³³ 청구인은 한국이 반박서면을 제출한 이유가 투자협정에 따라 제기된 청구를 반박하기 위해서였다는 점이 한국 내외의 대중 앞에 분명히 드러날 것이라고 주장한다.³⁴ 또한 한국이 “기회가 될 때마다” 핵심적인 사실들을 다루는 것을 피하고자 하였던 점은 “명백”하다고 강조한다.³⁵
31. 청구인은 반박서면 게시가 부당 위압을 초래한다는 주장을 반박한다.³⁶ 청구인은 한국 사법부가 행정부로부터 부적절한 영향을 받기 쉽다는 일말의 증거가 존재하지 아니하고서는 부당한 영향의 위험은 “전적으로 허구”라고 주장한다.³⁷ 청구인은 한국 법원의 독립성이 반박서면 공개로 위태로워질 것을 우려할 만한 충분한 이유가 없다는 점에 당사자들이 동의한다고 간주한다.³⁸ 또한 한국 법원에 계류 중인 재판들은 한국 법 상의 문제들에 중점을 두고 있기 때문에, 국제법상의 논점들에 대한 반박서면을 공개하는 것은 한국 법원에서 판단될 법률적 문제에 영향을 미칠 수 없다고 주장한다.³⁹
32. 둘째, 청구인은 반박서면이 공개되면 행정부가 사법부에 영향력을 행사하려 한다는 인식이 생길 것이라는 견해는 부당하다고 주장한다.⁴⁰ 실제로 피청구국이 계류 중인 사건들과 관련하여 “한국법원의 증거 및 사실관계 판단에 대한 어떠한 입장을 취하지 않고자 노력”한 점을 인정했다고 강조한다.⁴¹ 또한 피청구국이 반박서면과 마찬가지로 형사재판 중인 사실관계들을 거론한 답변서의 공개 이후 권력분립이나 사법부의 공신력 훼손에 대한 언론의 거센 반발이 있었다는 점을 언급하지 않았다는 점을 주지한다.⁴²

³³ 청구인 의견, 제 2 면.

³⁴ 청구인 의견, 제 2 면.

³⁵ 청구인 의견, 제 2 면.

³⁶ 청구인 답변, 제 3 면; 청구인 의견, 제 2 면.

³⁷ 청구인 답변, 제 3 면.

³⁸ 청구인 의견, 제 2 면.

³⁹ 청구인 답변, 제 3 면.

⁴⁰ 청구인 의견, 제 2 면.

⁴¹ 청구인 답변, 제 3 면; 청구인 의견, 제 2 면.

⁴² 청구인 의견, 제 2 면.

33. 셋째, 청구인은 하급심 법원이 대법원 판결에서 다루지 않은 그 밖의 사실적 측면들에 관한 심리를 재개할 이유가 없기 때문에 대법원이 실질적으로 확정하지 않은 사실관계에 대해 다시 판단할 가능성은 매우 낮다고 주장한다.⁴³ 또한 문형표/홍완선 상고사건의 사실판단이 여전히 대법원의 심리대상이라는 것은 피청구국의 잘못된 견해라고 주장한다.⁴⁴ 청구인에 따르면, 문형표/홍완선 사건 모두 “판결에 영향을 미친 중대한 사실의 오인”의 사유로 상고 할 수 없기 때문이다.⁴⁵
34. 넷째, 청구인은 피청구국의 답변에서 제 11.21 조 제 3 항 및 제 11.23 조 제 4 항의 절차를 개시하는 것은 “근거가 없을 뿐”만 아니라 “시기상 늦은 것”으로 구분한다.⁴⁶ 피청구국은 본 요청을 승인할 수 있도록 하는 어떠한 협정상 근거도 제시하지 못 하였다는 게 청구인의 입장이다.⁴⁷ 청구인에 따르면, 피청구국은 “보호정보가 중재판정부에 제출될 때 그 정보를 명백하게 지정”해야 할 협정 의무 절차를 준수하지 않았을 뿐만 아니라,⁴⁸ 반박서면에서 어떠한 정보가 “보호정보”인지를 구체적으로 특정한 바가 없다.⁴⁹ 청구인은 이러한 구체성의 결여는 문서공개로 인하여 야기될 수 있다고 주장될 뿐인 위협과, 협정상 투명성 요건에 근본적으로 위배되는 본 신청의 결과를 조화시킬 근거가 없기 때문에 “치명적”이라고 주장한다.⁵⁰
35. 청구인은 또한 반박서면의 제출 관련 동 행위가 대한민국 정부 내 행정부만의 행위로 귀속된다는 견해를 부정한다.⁵¹ 본 중재 절차의 피청구국은 행정부뿐만 아니라 사법부를 비롯하여 국가의 모든 기관을 포괄하는 대한민국 전체이기 때문이라는 것이다.⁵² 청구인은, 피청구국이 “소송에서 취하고 있는 자세”는 “사실적 또는 법적 현실과 아무런 관련이 없다”고 한다.⁵³
36. 청구인은 본 중재 재판은 한국 및 미국의 대중 뿐만 아니라 한국의 비즈니스 시장 및 환경에 관심이 있는 전 세계의 대중에게도 유의미하므로 관련 공익을 위해 투명성이 최 우선시된다고 강조한다.⁵⁴ 또한 한국의 법원이 언제 판결을 선고할지 불확실한 상황에서 피청구국의 본 신청은 “지나치게 과도한 것”이라는 입장이다.⁵⁵

⁴³ 청구인 의견, 제 2-3 면.

⁴⁴ 청구인 의견, 제 3 면.

⁴⁵ 청구인 의견, 제 3 면.

⁴⁶ 청구인 의견, 제 3 면.

⁴⁷ 청구인 답변, 제 2 면.

⁴⁸ 청구인 의견, 제 3 면, 협정 제 11.21 조 제 4 항 나호 인용.

⁴⁹ 청구인 답변, 제 3 면; 청구인 의견, 제 3 면.

⁵⁰ 청구인 의견, 제 3 면.

⁵¹ 청구인 답변, 제 2 면.

⁵² 청구인 답변, 제 2 면.

⁵³ 청구인 답변, 제 2 면.

⁵⁴ 청구인 답변, 제 1 면; 청구인 의견, 제 4 면.

⁵⁵ 청구인 답변, 제 4 면.

37. 청구인은 나아가 현 절차일정표에는, 한국 법원의 판결들이 선고된 이후 피청구국의 수정 반박서면 제출을 허용하는 규정이 부재한다고 주장한다.⁵⁶
38. 마지막으로, 피청구국의 2019 년 11 월 12 일자 서한에 대해 청구인은 피청구국이 협정 제 23.4 조의 적용범위에 해당한다고 주장하는 부분에서 어떠한 기밀정보도 확인하지 못했다고 주장한다. 반박서면의 신속한 공개는 “피청구국이 이미 부담하고 있는 의무”이기 때문에 청구인이 특별히 정당화할 필요가 없다는 것이 청구인의 입장이다.⁵⁷

III. 중재판정부의 결정

39. 피청구국은 초기에 본 신청서에 해당하는 협정이나 절차 명령 제 1 호에 해당하는 어떠한 구체적인 조항도 개시하지 않은 이유 관련 “중재판정부에 협정 요건의 적용을 면제하여 줄 것을 요청하지 않았으므로, 반박서면 공개 연기 신청의 보충을 근거로 협정상 예외사항을 제시할 필요가 없다”고 설명했다.⁵⁸ 피청구국은 “협정에 의거, 반박서면이 중재판정부에 제출되는 즉시 공개될 필요가 없다. 제 11.21 조 제 1 항은 ‘신속하게’ 공개할 것을 요구하고 있으나 ‘신속하게’라 함은 협정에 정의되어 있지 않으므로, 공개시기는 중재판정부의 재량에 따라 결정된다.”는 입장이다.⁵⁹
40. 이후 청구인은 청구인 의견을 통해 “제 23.4 조를 고려한 협정의 해석에 따라, 동 경우 제 11.21 조 제 3 항의 공개에 대한 예외가 적용되어야” 한다고 주장했다.⁶⁰ 피청구국에 따르면, 협정 제 11.21 조 제 3 항은 “피청구국에게 제 23.4 조에 따라 자국이 보유할 수 있는 정보를 제공하거나 접근을 허락하도록 하는 의무를 부과하지 않는다.”⁶¹ 피청구국은 2019 년 11 월 12 일자 서한을 통해 본 신청이 “협정 제 23.4 조에 따른 근거가 충족된다는 중재판정부의 판단을 요구하지 않는다”는 주장을 내세우며 “동 근거는 정보 공개를 영구적으로 차단하는데 필요한 것이며, 현재 중재판정부에 신청한 사안에 해당하지 않는다”는 입장을 밝혔다.⁶²

⁵⁶ 청구인 답변, 제 4 면.

⁵⁷ 청구인의 2019 년 11 월 15 일자 서한, 제 4 면.

⁵⁸ 피청구국 의견, 제 1 면.

⁵⁹ 피청구국 의견, 제 1 면.

⁶⁰ 피청구국 의견, 제 1 면.

⁶¹ 피청구국 의견, 제 1 면.

⁶² 피청구국의 2019 년 11 월 12 일자 서한, 제 2-3 면.

41. 중재판정부는 당사자들의 서면입장과 더불어 협정 제 11.21 조 제 1 항에 명시된 문서에 관한 공개 시기가 전적으로 중재판정부의 재량에 따라 결정된다는 피청구국의 기본 입장에 동의할 수 없다. 협정 제 11.21 조 제 1 항은 본 조항에 해당하는 문서들이 “신속하게” 비분쟁당사국에게 송부되고 대중에게 이용가능하게 하는 의무를 규정한다. “신속하게”라는 용어가 문서를 송부하는 것과 더불어 이용가능하게 하는 것까지 수식하는 것인지는 제 11.21 조 제 1 항의 언어를 통해 정확하게 파악할 수는 없으나 (“피청구국은 다음의 문서를 수령한 후 신속하게 비분쟁당사국에게 송부하고 대중에게 이용가능하게 한다;” 강조표시 추가), 문맥 상 중재판정부가 본 조항에서 명시하는 문서들의 공개 시기를 피청구국이 사실상 요청하는대로 무기한으로 연기할 권한이 없다는 것은 자명하다. 따라서 중재판정부는 협정 상의 어떠한 근거나, 예외사항이 적용되지 않아도 반박서면의 공개시기를 연기할 수 있다는 피청구국의 주장을 기각한다. 동일한 이유로, 중재판정부는 피청구국이 2019 년 11 월 12 일자 서한에서 언급한 바와 같이 본 신청이 “협정 제 23.4 조에 따른 근거가 충족된다는 중재판정부의 판단을 요구하지 않는다”는 피청구국의 주장을 수용할 수 없다.
42. 앞서 언급한 바와 같이, 피청구국은 “제 23.4 조를 감안한 협정의 해석에 따른” 제 11.21 조 제 3 항의 절차를 개시하였다. 제 11.21 조 제 3 항은 다음을 규정한다:
- 이 절의 어떠한 규정도 피청구국이 보호정보를 공개하거나 제 23.2 조 (필수적 안보) 또는 제 23.4 조(정보공개)에 따라 자국이 보유할 수 있는 정보를 제공하거나 접근을 허락하도록 요구하지 아니한다.
43. 이어서 제 23 조 제 4 항 (정보공개)은 다음을 규정한다:
- 이 협정의 어떠한 규정도 공개되면 법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반 하게 되거나 특정한 공기업 또는 민간 기업의 정당한 상업적 이익을 저해하게 될 비밀 정보를 당사국이 제공하거나 그에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것으로 해석되지 아니한다.
44. 따라서, 협정 제 23 조 제 4 항을 감안한 제 11.21 조 제 3 항은 피청구국이 (i) 보호정보 공개를 거부할 수 있으며, (ii) 비밀정보 중에서 “법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반 하게” 되는 부분을 “제공하거나 그에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것”을 거부할 수 있다. 협정 제 11.28 조는 “보호정보”를 “비밀 영업정보 또는 당사국의 법에 따라 특별취급을 받거나 달리 공개로부터 보호되는 정보”로 정의한다. 절차 명령 제 1 호 제 10.4 항은 나아가 “용어 ‘보호정보’는 협정 제 11.28 조에 명시된 의미를 따르며, 상업 또는 기술 관련 기밀, 특수한 정치적 또는 기관에 관련된 민감한 사안(정부 또는 공공국제기관에 의해 기밀로 분류된 정보 포함), 또는 당사자가 제 3 자에 대한 비밀유지의 의무를 근거로 비공개를 지정하여 일반에 공개되지 아니한 모든 정보를 포함한다”고 명시한다.
45. 절차 명령 제 1 호 제 10.1 항에 따르면, 협정 제 11.21 조 제 1 항에 명시된 문서는 보호정보의 “사전 편집 후” 대중의 이용이 가능하도록 한다. 절차 명령 제 1 호 제 10.5 항은 나아가 다음을 규정한다:

협정 제 11.21 조 제 4 항 다호에 의거, 특정 정보가 보호정보를 구성한다고 주장하는 당사자는 보호정보로 주장되는 내용이 포함된 문서를 중재판정부에 제출하는 경우, 해당 정보가 포함되지 아니하도록 편집한 문서를 제출한다. 협정에 따라 상기대로 편집된 문서만 비분쟁당사자에게 제공되며, 또는 상기한 각 호에 따라 일반에 공개된다.

46. (제 23.4 조에 언급된) “보호정보”는 협정에서 별도로 규정하지 아니하나, 제 23.4 조는 피청구국에, 보호정보 중 “법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반 하게 되거나 특정한 공기업 또는 민간 기업의 정당한 상업적 이익을 저해하게 되는” 부분에 대해서는 정보를 제공하거나 접근을 허락하도록 하는 의무를 부과하지 아니한다.⁶³
47. 중재판정부는 피청구국이 중재판정부의 지시에 따라 협정 제 23.4 조의 요건을 충족시키는 것으로 판단되는 반박서면의 구절을 확인한 점을 주목한다. 관련 구절을 확인함에 있어 피청구국은 “확인된 부분을 삭제한 대폭 편집된 반박서면의 버전을 공개할 것을 구하는 것이 아님을” 강조한다.⁶⁴ 피청구국은, 사실 “삭제·편집된 버전을 공개하는 경우, 삭제된 부분의 내용 및 대한민국이 다른 구절이 아닌 특정 구절만 삭제하기로 한 이유에 관한 추측을 야기함으로써 부정확하고 왜곡된 언론보도의 위험성을 악화시킬 것”이라고 주장한다.⁶⁵ 그러므로 중재판정부가 판단해야 할 사안은, 대한민국에서 진행 중인 형사재판의 판결이 내려지기 전까지 협정 제 23 조 제 4 항에 적용되는 부분을 피청구국의 삭제, 편집할 권리의 유무가 아닌, 협정 제 23 조 제 4 항에서 따른 반박서면의 전면적인 게시 연기 권리의 유무이다.
48. 이러한 의미에서 협정 제 23.4 조는 제출된 문서에서 특정 보호 정보를 삭제, 편집하는 것을 요구하는 것 뿐만 아니라 그 정보를 제공하거나 접근을 허락하도록 하는 의무를 피청구국이 완전히 거부할 수 있도록 규정한다고 보여진다. 이러한 해석은 당사국들이 협정 의무 적용에서 면제되는 “예외”사항들을 다루는 제 23 조의 내용과 “보호정보”의 공개를 비분쟁당사국과 대중으로부터 보호하는 (하지만 분쟁당사자와 중재판정부에게 공개하는 것은 제외시키지 않는) 절차를 명시한 제 11.21 조 제 4 항과도 일관된다. 그러나 본 사건에서 피청구국은 반박서면 제출 시, 협정 제 11.21 조 제 4 항 다호와 절차 명령 제 1 호 제 10.5 항에 따라 해당 정보를 삭제, 편집하지 않은 채 이미 공개하였다. 따라서, 피청구국은 자국이 협정 제 23 조 제 4 항의 예외사항에 포함된다고 여기는 반박서면의 해당 정보가 전면적으로 게시될 수 없다는 입장을 취하지 아니하였다. 피청구국의 입장은 대한민국의 형사재판이 완료될 때까지 해당 정보가 게시되지 말아야 한다는 것이다.

⁶³ “보호정보” 용어가 “특정한 공기업 또는 민간 기업의 정당한 상업적 이익”과 관련된 정보를 포함한다는 뜻은 “비밀정보”와 겹치는 부분이 있다고 보여진다 (그 이유는 “비밀 정보” 또한 “비밀 영업정보 또는 당사국의 법에 따라 특별취급을 받거나 달리 공개로부터 보호되는 정보”를 포함하기 때문이다.)

⁶⁴ 피청구국의 2019년 11월 12일자 서한, 제 3면.

⁶⁵ 피청구국의 2019년 11월 12일자 서한, 제 3면.

49. 당사자들에게 상세한 정보를 요청하고 신중히 고려한 결과, 중재판정부는 협정 제 23.4 조에 따라 피청구국의 입장을 수용할 수 없다고 결정한다. 제 23.4 조의 적용을 광범위하게 확대하여 제 23.4 조에 명백히 적용되지 않는 정보를 포함한 반박서면 전체에 대한 게시를 연기할 수 없다는 것이 중재판정부의 입장이다. 제 23.4 조가 당사자국의 서면입장 게시를 연기하는데 정당하게 적용이 된다 할지라도 구체적으로 확인된 비밀정보에 대한 게시에만 정당하게 적용될 수 있다. 본 사안에서는 피청구국이 협정 제 23.4 조 요건에 해당하는 구절을 명시하였으나, 반박서면의 신속한 공개를 위하여 해당 구절을 삭제, 편집하는 것을 희망하지 않는다는 입장을 정확하게 전달하였다.
50. 또한, 피청구국은 본 사안이 제 23.4 조가 요구하는 대로 해당 정보의 게시가 “법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반 하게” 한다는 일견 증거가 확실하다고 보여지는 사건(*prima facie case*)임을 입증하지 못 하였다. 피청구국은 본 사안처럼 해당 정보의 공개가 반박서면 게시를 연기하는 정당한 사유가 된다고 주장하지 않는다; “언론보도는 반박서면이 사법절차를 뒤흔들거나 박근혜 전 정부의 혐의를 방어하기 위한 시도라는 잘못된 인상을 줄 수” 있고, “이러한 보도는 사실이 아님에도 불구하고 해당 형사재판의 무결성에 대한 대중의 인식을 위태롭게 할 수” 있다라고 주장한다.⁶⁶ 그러므로 피청구국이 염려하는 것은 반박서면에 담긴 내용이 아닌, 언론에서 왜곡되거나 부정확하게 보도하는 본 중재절차에서 취하는 피청구국의 입장이다. 피청구국의 염려가 타당할지 모르나, “정보”만을 다루는 제 23.4 조의 주제에는 속하지 않는다. 피청구국의 염려는 반박서면 게시 연기가 아닌 다른 방법으로 해결해야 할 것이며, 본 신청서를 지지할 목적으로 내세운 염려의 목소리아말로 피청구국이 대한민국에서 계류 중인 형사 재판에 개입할 의향이 없다는 것을 제시하고, 국제적 쟁점에 관한 피청구국의 변론은 대한민국 법 정의 실현을 방해하는 시도로 보여지지 않을 것이다.

IV. 중재판정부의 결정

51. 상기 사유를 근거로 중재판정부는 다음을 결정한다:

- (a) 반박서면의 게재를 연기하는 피청구국의 신청서는 기각한다; 그리고
- (b) 비용에 관한 중재판정부의 결정은 보류한다.

⁶⁶ 피청구국의 2019년 11월 12일자 서한, 제 2면. 신청서, 제 2면 참조 (“대한민국 행정부로서는 사건이 심리 중인 동안에는 동 쟁점들에 대한 대법원과 다른 국내 법원들의 계속 중인 심리에 잠재적으로 영향을 미치거나, 어떠한 방식으로든 영향을 주고자 하는 것으로 보이는 어떠한 행동도 하지 않는 것이 필수적입니다. 대한민국은 계류 중인 형사재판에 대하여 반박서면에서 논의하는 것이, 실제 내용 또는 의도와 무관하게, 특히 그러한 쟁점들이 어떠한 방식으로든 본 중재 절차에서 대한민국에 대한 청구에 (올바르게, 혹은 부당하게) 결정적으로 보일 수 있는 경우, 회부된 쟁점들을 객관적으로 고려해야 할 한국 법원의 의무에 개입하려는 시도로 해석될 수 다는 점에 대하여 우려가 있습니다. 형사재판에 대한 이러한 영향의 위험성은, 대한민국의 반박서면을 과장하거나 혹은 잠재적으로 왜곡하는 언론보도들에 의하여 악화될 수 있습니다.”).

중재지: 영국 런던

(서 명)

Dr. Veijo Heiskanen
(의장중재인)

중재판정부 대표